

POR SEBASTIAN RODRIGVEZ,

vezino de la ciudad de Malaga, hijo y heredero de Diego Rodriguez el viejo.

CON

Iuan Lopez Capel, y Francisco de Santillana, albaceas de Diego Rodriguez el moço su hermano.



Reuemente, para inteligencia deste pleyto, presupongo, que el dicho Sebastian Rodriguez, en 17. de Deziẽbre, del año passado de 1625. hizo pedimiento ante el Alcalde mayor desta ciudad, pidiendo particion y diuision de los bienes que quedaron por fin y muerte de Diego Rodriguez el viejo, su padre, y del dicho Diego Rodriguez su hermano: y por auto proueydo por el Licenciado Hernãdo de Ribera, Alcalde mayor q̃ fue desta dicha ciudad, se mandô notificar a Iuan Lopez Capel y Francisco de Santillana, albaceas del dicho Diego Rodriguez, se sentassen a quenta y particion cõ el dicho Sebastian Rodriguez, y nombrassen Contador por su parte, y exibiessen el inuentario y almoneda, y demas papeles tocantes y pertenecientes para la dicha particion.

Deste auto se apelô por parte de los dichos albaceas, diziendo, que no tenian obligacion a dar la quenta, porque ellos solo erã albaceas de Diego Rodriguez el moço, y la quenta de lo q̃ parô en poder dellos, la tenian dada ante el Iuez de testamentos, y que no tenian bienes ningunos, ni los posseiã, del dicho Diego Rodriguez el viejo: *y auiendose ofrecido a prouar*, por auto de vista se denegô laprueua, y se confirmô el auto del Alcalde mayor. Deste auto suplicarõ los dichos albaceas, pretendiendo, que Diego Rodriguez el viejo no dexô bienes ningunos, y q̃ quedô muy pobre, y que sus hijos le enterrarõ; y por parte del dicho Sebastian Rodriguez se insistio, en q̃ Diego Rodriguez el viejo instituyô al moço por su heredero, y que en virtud de la dicha institucion se entrô en todos los bienes q̃ quedaron por su fin y muerte, en que estaua su

porcion

porcion hereditaria;q̃ los dichos albaceas eran executores vniuersales,por auerdexado por he redera su alma,y que se auian de tener por here deros,y que por fin y muerte del dicho Diego Rodriguez el viejo,auia quedado mucha canti dad de bienes,en que Diego Rodriguez el mo-ço se auia entrado,como constaua de las prouã ças hechas ante elEclesiastico,en el pleyto que trata sobre la fundacion de la Capellania, que fundô el dicho Diego Rodriguez el moço; y q̃ no obstauan las quentas dadas ante el Iuez de testamentos:porque solo auian sido de las Missas y funeral del dicho Diego Rodriguez, y esto no impide a las quentas que el dicho Sebastian Rodriguez pide, como coheredero de sus legitimas que le pertenecẽ;y que el dicho Diego Rodriguez el viejo,al tiempo de su muerte dexô muchos bienes en su casa,en poder del dicho Diego Rodriguez el moço su hijo, en los quales se entrô,y assi mismo en todos los papeles y libros, y que dellos le deuian dar quenta como a heredero de su padre: y para que constasse como quedarõ bienes,se presentô por parte de los albaceas el testamento de Diego Rodriguez el viejo, por donde declara que dexa dozientos ducados,de los que dexô su hijo Sebastian Rodriguez,quando se entrô en la Compañia,el qual testamẽto se otorgô el año de 615. y el testador murio el año de 622.en 4.de Iunio. Y assi mismo, por parte de los dichos albaceas se articulô y prouô,que despues de hecho el dicho testamento el dicho año de 15. el de 19 casô a Ana Mexia su criada,y le auia dado en dote 84 ducados; y que assi los dichos 200. ducados se gastaron y consumieron en dar la dicha dote, y en sustentarse siete años que despues viuio. Y

auien-

auiendose visto en reuista sobre lo principal, *se recibio a prueua*, y por parte del dicho Sebastiã Rodriguez se ha prouado con cinco testigos cõ testes, que por fin y muerte de Diego Rodriguez el viejo, quedarõ 500. ducados de bienes, y que en ellos se auia entrado el dicho Diego Rodriguez el moço sin hazer inuentario, y que dellos no auia dado quenta a ninguna persona. Y por parte de los dichos albaceas se ratificarõ los testigos del Iuez Eclesiastico, que deponen en quanto a la casa sobre que estâ fundada la Capellania; y en quanto a los bienes no articulan nada. Y auiendose hecho publicacion en el termino della, para poner tachas a los testigos, se pidio por parte de los albaceas, que los testigos presentados por parte del dicho Sebastian Rodriguez se repreguntassen: y sin darle traslado, se cometieron las repreguntas al Licenciado Iuan Cano Relator, el qual repreguntô los dichos testigos, todos los quales contestaron en la cantidad de bienes y valor dellos, diziendolos en particular, excepto en quanto al dia de la muerte; solo doña Maria de Salazar, que dixo auer ydo a la tienda, y en la repregunta dixo, auer embiado a ella: y Manuel Fernandez dixo, y liquidô el valor dellos; y en la repregunta dixo no se atreuia a liquidarlos, y en lo demas todos contestan, en que dexô muy buena tienda en el Alcayceria, al tiempo que el dicho Diego Rodriguez el viejo murio. Y auiendose querellado los albaceas, y pedido prision contra los testigos, por autos de vista y reuista se reseruô para difinitiua, con lo qual se dixo de bien prouado, y estâ el pleyto concluso y visto.

En dos articulos se ha de diuidir esta informacion; y en el primero se ha de prouar, que le

compete

compete a Sebastian Rodriguez el juyzio familiæ herciscundæ, para que se haga particion de los dichos bienes; y que està liquidada la cantidad dellos; y que se entrò Diego Rodriguez el moço en ellos, sin hazer inuentario.

En el segundo, que las repreguntas no se pudieron hazer, por ser despues de la publicaciõ, y que assi los testigos prueuan la cantidad de los dichos bienes; y que caso que huuieran todos variado, se auia de estar a su primero dicho y deposicion.

ARTICULO I.

1 COsa cierta es por los autos deste pleyto, que Diego Rodriguez el viejo tuuo por sus hijos legitimos a los dichos Sebastian Rodriguez, y Diego Rodriguez difunto, y que Sebastian Rodriguez, al tiempo que entrò en la Compañia de Iesus, dexò todos sus bienes a Diego Rodriguez su padre, siendo pues coheredero del dicho su padre, juntamente con Diego Rodriguez su hermano, y assi le compete el juyzio familię herciscundę, para q̃ los bienes que quedaron por fin y muerte de Diego Rodriguez el viejo, se partan y diuidan por iguales partes, *l.1.in princ.& in fin.ff.familiæ herciscund.§.quidam actiones, institut. de action. l.1.tit.15.par.6.* Ayora, *de partit.1 par.cap.1.nu.4.* Aluar. Valasc. *de partit.cap.2.num.18.* & Anton. Pichar. *in §.quædam actiones in repetit. l.1.ff.familiæ herciscun.num.35.* Y no solo compete este juyzio contra el coheredero, sino tambien contra qualquier heredero y sucessor del, o tercero posseedor, en cuyo poder se hallan los bienes de aquel cuyos coherederos son: porque el ac-

cion familiæ hercifcund. es vna accion mixta, tam in rem, quam in perfonam, *d.§.quædam actiones*, & probatur ex elegāti *text.in l.2. C.cōmuni diuidund.* donde vn hermano auia hipotecado y entregado a vn acreedor vnas viñas, que eran comunes de ambos: y dize el texto, q̄ aunque es verdad que la hipoteca no vale por la parte del otro hermano, con todo eſſo el acreedor que ſe halla en la poſſeſsion de los bienes, podrâ compeler, y ſer compelido por el otro hermano a que ſe diuida el fundo, por el qual texto tuuo eſta ſentencia, Aluar. Valaſ. *d.cap.2. num 34.& 37.* y ſiendo como ſon Iuan Lopez Capel, y Franciſco de Santillan, albaceas y executores vniuerſales, por eſtar inſtituyda por heredera el alma, ad tradita per Bartol. *in l.hæreditas 2.ff.de hæredibus inſtituend.& in l.centurio,n. 21.& 6.*Alexand.*num.78.ff.de vulgar.* Deci.*in l. fin.num.26.C.de adict.D.Adrian.tollend.*Menoch. *de adipiſcend.poſſeſ.remed.4.nu.268.* Aluar. Valaſc.*conſultat.68.nu.4.& 5.* no puede tener duda ſino que contra ellos ſe puede intentar el juyzio familię herciſcundæ, para que los bienes que conſtare auer entrado en poder del teſtador que los inſtituyô por herederos, ſe diuidan con el coheredero.

2 ¶ Y porque la parte de los dichos albaceas no han exihibido inuentario, que Diego Rodriguez el moço huuieſſe hecho al tiempo de la muerte de ſu padre, que es el fundamento de la quenta y diuiſion, por ſer la eſcritura enque los bienes que ſe hallan ſe deſcriuen y ponē, *ex glo. in l.1.& in l.tutor qui repertorium, ff. de adminiſtrat.tutor.* y Diego Rodriguez tuuo obligaciō a hazer el inuentario, porque no ſolo qualquiera heredero tiene obligacion a hazerle, aora ſea

ex testamento, o abintestato, sino tambiẽ el mismo hijo, vt optime contendit Aluar. Valasc. *de partit. cap. 8. num. 46. & non solum tenetur conficere inuentarium, quilibet hæres ex testamento, vel abintestato, vt in d. l. fin. §. 1. Speculat. de instrument. edit. §. fin. sed etiam si sit filius, quod si hæres non confecerit, poterit fideicommissarius vniuersalis petere sibi in litem iuramentum deferri, asserendo plura esse bona, quam hæres declarauerit, vt per Claudium, & Peraltam vbi supra per textum in d. §. si hæres, vers. Culpæ, argumento tutoris contra quem etiam defertur iuramentum in litem, si non fecit inuentarium: & idem contendit Spin. in speculo testament. glos. 35. nu. 6.* ibi: *Hinc etiam deducitur, quod filius tenetur sicuti quilibet alius hæres extraneus conficere inuentarium, quod & iura supra relata testantur;* de tal suerte, que el hijo que no hiziere inuentario pierde su legitima, vt late contendit idem Spino.

3 ¶ Y no puede obstar el dezir los dichos albaceas, que por fin y muerte de Diego Rodriguez el viejo no quedarõ bienes ningunos, por auer muerto muy pobre: porque en esta pretension pudieran tener algun color, en caso que huuieran hecho solene inuentario, porque exibiendole legitimamente hecho, presumia el derecho non esse alia defuncti bona, *iuxta glos. in l. cum de l. verbo, hæredes, ff. de probat.* pero en caso que el heredero no haze inuentario, no milita, ni procede la presuncion de la *l. cum de l.* vt per Anton, *Gabr. communium opinionum, conclus. 7. de probat. num. 12.* & cum alijs contendit Aluar. Valasc *d. cap. 7. num. 44.*



4 ¶ Y por parte del dicho Sebastian Rodriguez està prouado, que Diego Rodriguez el viejo era mercader, que tenia muy buena tiẽda

y caudal,

ȳ caudal, que dexò mas cantidad dequinientos ducados de bienes, señalando todos los testigos especificamente en que: y asi para este juyzio de la particion tienen bastante liquidacion, para que se haga cuerpo de bienes de la dicha cantidad: y se llega a esto la verisimilitud delas prouanças del dicho Sebastian Rodriguez, porque como consta del testamento del dicho Diego Rodriguez el viejo, declara: que al tiempo de su fin y muerte dexa dozientos ducados; y aun que esta declaracion no puede dañar a los coherederos y legitima de los hijos, vt est vulgare, por lo menos haze vna gran congetura, de que tenia mucha cantidad de bienes, y quiza por fauorecer a Diego Rodriguez, y estar solo: porq̄ al tiempo del dicho testamento estaua Sebastiā Rodriguez en la Compañia, declarò tan poca cantidad. Y asi mismo se ayuda de otra presuncion esta prouança, que es auer dado ochenta y quatro ducados de dote, despues de hecho el dicho testamento, a Ana Mexia su criada, que es lo que ha alegado y prouado la partecontraria, y es sin duda, que si no tuuiera bienes, que no auia de quitarlos a sus hijos y darlos a sus criados; y quando con la prouança concurren semejantes verosimilitudes y congeturas, es prouança que persuade el animo de los señores Iuezes a que no puedan creerse, ni a persuadirse a otra cosa, y estas son prouanças contextuales, vt eleganter resoluit Bald. *in cap. causã de probat. n 1.* & ibi: *Improbationibus surgit opinio ex diuersis coniecturis, quæ tendunt ad eandem conclusionem, & habent causas, & similitudines, & consonantias contextas, & infert ex hoc, quod si vna species probationum influit in alteram, & altera in alteram, ita quod animus iudicis plenè informatur tales*

proba-

probationes, non dicuntur singulares, & discrepantes, sed contextuales & conferentes; y la prouança de los dichos albaceas tan inuerosimil, y que con esta inuerosimilitud los testigos tienen singularidad y deponen de oydas; por lo qual no es prouança en que se puede hazer fundamento, para que constando de tan euidente dolo y malicia como el que tuuo Diego Rodriguez el moço en no auer hecho inuentario, y entradose en todos los bienes de su padre, le aya de ayudar para que dexe de restituir su legitima y porcion hereditaria a Sebastian Rodriguez.

ARTICULO II.

5 AViendose recebido este pleyto a prueua, en esta instancia de reuista Sebastian Rodriguez hizo su prouança con cinco testigos contestes, que liquidan la cantidad de bienes que quedô por fin y muerte de Diego Rodriguez el viejo; y auiendose hecho la publicacion, y estando en el termino de poner tachas, la parte de los albaceas pidio que se repreguntassen los testigos, que se auian presentado por parte de Sebastian Rodriguez, y sin dar traslado, ni tenerse noticia, se cometieron al Licenciado Iuan Cano, Relator deste pleyto, el qual repreguntò a los dichos testigos, y todos ellos contestaron, en que por fin y muerte de Diego Rodriguez el viejo, auian quedado quinientos ducados de bienes, especificãdo los bienes en que auian quedado; y solo en lo que difirieron es, que auiendoles preguntado en el primero dicho el dia de la muerte, conforme al articulo que se hizo por parte del dicho Sebastian Rodriguez, si auia muerto Diego Rodriguez

guez el viejo en quatro de Iunio de mil y seys-
cientos y veynte y dos, lo dixerõ asi: y despues en las repreguntas dizen algunos no estar ciertos del tiempo, aunque les parece que aurâ quatro años, y que murio por el Verano: y asi mismo difirio doña Maria de Salazar, en que auiendo dicho en su primero dicho, que auia visto la tienda de Diego Rodriguez el viejo, por auer ydo a ella a comprar muchas mercadurias, despues dize en las repreguntas, que no auia ydo a la tienda, pero que auia embiado a comprar a ella muchas mercadurias. Manuel Fernandez Portuges dize, auer visto mucha cantidad de bienes en poder de Diego Rodriguez el viejo, pero no se atreue a liquidar la cantidad que mõtarian: y con estas diferencias pretenden los albaceas no se ha de dar credito a la prouança del dicho Sebastian Rodriguez: pero por tres fundamentos de derecho fundaremos, que se les deue dar credito, aunque en la sustancia, y en el todo huuieran variado.

6 ¶ Lo primero, porque al tiempo que se hizieron estas repreguntas, fue despues de hecha la publicacion, y a instancia de la parte de los dichos albaceas; y en este tiempo en causas ciuiles no es licito repreguntar a los testigos a pedimiento de parte, vt est *text. expressus, in cap. per tuas, & ibi glos. verb. audiendum de testibus*, Bossius, *in tit. de publicatione processus, num. 22. & 25. in fin.* Iuli. Clar. *in practic. § fin. quæst. 53. versic. Quartus est casus*, Anton. Gabr. *lib 7. conclus. 28. num. 2.* & latê Farinac. *quæst. 66. de testib. nu. 255.* y asi las repreguntas fueron de ningun momẽto, y no pudieron quitar, ni diminuyr la fê de los testigos, aunque huuieran variado in totum.

7 ¶ Lo

7 ¶ Lo ſegundo, porque eſtos teſtigos dixeron dos dichos y depoſiciones, vno en plenario, y otro en las repreguntas: y aunque en el ſegundo huuieran variado, tunc non ſecundum, ſed primum dictum attenditur, por auerſe ya adquirido derecho a la parte, *cap. ſicut nobis de teſtibus*, Couarru. *lib. 2. variarum reſolut. cap. 13. num. 8. verſ. Cæterum ſi teſtis*, Menochi. *de arbitrar. lib. 2. caſu 108. num 9. cum pluribus*, Farinac. *quæſt. 66. num 124*. Y aſsi, aunque huuieran variado en todo, ſe auia de atender al primero dicho que dixeron en plenario, por auerſe adquirido derecho a la parte por ſu depoſicion.

8 ¶ Lo tercero y vltimo, porque aunque los teſtigos entre ſi contrarios no prueuen eſto, procede quando la contradicion y contrariedad es en lo ſuſtancial del negocio: pero quando es en lo accidental, y en la calidad y circunſtancia aceſſoria del, como lo es el dia de la muerte de Diego Rodriguez, el auer ydo a la tienda, o dexado de yr, eſta contrariedad no haze de ninguna manera que los teſtigos no prueuen, vt reſoluunt Grammatic. *deciſ. 43. num. 1. & deciſ. 60. num. 16.* Gabriel, *tit. de teſtibus, concluſ 2. num. 63* Maſcard. *de probat. lib. 2. concluſ. 856. num. 18. & lib. 3. concluſ. 1361. num. 5.* & cum innumeris contendit Farinac. *de teſtibus, quæſt. 65. num. 16.* & Alexand. Ludouiſ. *deciſ. 547. num. 9.* & ibi Oliuer. Beltramin. *num. 10. & deciſ. 351. num. 29.* Mãtic. *deciſ. 6. num. 60.* Y aſsi las contradiciones en el dia dela muerte, por no ſer en lo ſuſtancial, ni auerſe podido hazer las repreguntas, no puedẽ quitar el credito a los teſtigos. Por lo qual eſperamos que ſe ha de confirmar el auto de viſta, mandando ſe haga quenta entre Sebaſtian Rodriguez, y los albaceas de Diego Rodriguez ſu hermano. Salua in omnibus D.C.V.